

2 Schlussfolgerungen

Materielle Regelungsansätze

Ziel eines jeden medienkonzentrationsrechtlichen Regelungsansatzes muss es sein, die Meinungsvielfalt im freiheitlich-demokratischen Rechtsstaat zu sichern. Diese Sicherung der Vielfalt meinungsbildender Angebote setzt – gleichsam als zweite Seite ein und derselben Medaille – zudem die Sicherung der Informationsfreiheit voraus. Meinungsvielfalt ohne die Möglichkeit, geäußerte Meinungen zur Kenntnis zu nehmen, ist wertlos. Meinungs- und Informationsfreiheit müssen deshalb – wie Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG richtig zum Ausdruck bringt – stets als aufeinander bezogene Lebenssachverhalte, als „siamesische Zwillinge“ gedacht werden.

Betroffene: Mediale Anbieter von meinungsrelevanten Inhalten

Da die Sicherung meinungsbildender Angebote und deren Rezeption im Zentrum des Medienkonzentrationsrechts stehen, können sich materielle medienkonzentrationsrechtliche Regelungsansätze nur auf meinungsbildungsrelevante Inhalte beziehen.

Der Begriff der Meinungsbildungsrelevanz ist allerdings unscharf. Im kommunikationswissenschaftlichen Kontext wird er durch drei Merkmale eingegrenzt: 1. durch einen professionellen Selektions- und Aufbereitungsprozess von Themen und Inhalten; 2. durch einen hohen Grad an Organisation und Institutionalisierung (z. B. durch eine Kommunikation in spezifischer Aktualität und Periodizität) sowie durch allgemeine Zugänglichkeit und Verfügbarkeit der Angebote; sowie 3. durch asymmetrisch fixierte Sprecher- und Hörerrollen, weshalb sich Kommunikatoren sowie Vermittler dauerhaft und deutlich von den Publikumsrollen unterscheiden.¹⁶³⁰

Der Rundfunkstaatsvertrag nimmt auf meinungsrelevante Inhalte im vorstehend beschriebenen Sinne Bezug, wenn er – wie z. B. in § 2 Abs. 3 Nr. 4 oder § 54 Abs. 2 RStV – von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten spricht. In ihrem Kern dürfte sich diese Formulierung mit den skizzierten kommunikationswissenschaftlichen Kriterien decken.

¹⁶³⁰ Kriterien in Anlehnung an Friedhelm Neidhardt's Modell der Medienöffentlichkeit, zitiert in „MedienVielfaltsMonitor der BLM“, Vortrag beim 5. Hamburger Mediensymposium am 11. Juni 2014, abrufbar unter: www.hans-bredow-institut.de/webfm_send/1013, dort S. 17.

Auf den Inhalt solcher journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote kommt es im Grundsatz nicht an. Insbesondere wäre es zu kurz gegriffen, sog. „reinen“ Unterhaltungsformaten eine Meinungsbildungsrelevanz abzusprechen. Auch über einen Krimi, der aktuelle gesellschaftliche Fragen (etwa zur Sterbehilfe oder zum strafrechtlichen Umgang mit pädophilen Neigungen) thematisiert, die Übertragung eines Livekonzerts mit seinen Songtexten oder die aufgezeichneten, geschnittenen und an ein Millionenpublikum ausgestrahlten Gespräche im „Dschungelcamp“ bzw. bei „Big Brother“ leisten hierzu einen wichtigen Beitrag. Der durch Unterhaltungsformate induzierte Meinungsbildungsprozess ist „subkutan“, unterschwellig, mitunter auch emotional. Er ist deshalb bisweilen sogar effektiver als reine Nachrichtenformate oder politische bzw. gesellschaftliche Magazine im Stande, Meinungen zu transportieren und bei den Rezipienten zu verfestigen.¹⁶³¹ Zu Recht hat das Bundesverfassungsgericht hierauf schon vor mehr als 25 Jahren in seiner Rechtsprechung mit aller Deutlichkeit hingewiesen.¹⁶³²

Zu den meinungsbildungsrelevanten Inhalten im vorbeschriebenen Sinne gehören neben den herkömmlichen Rundfunkangeboten i. S. d. § 2 Abs. 1 RStV, also Fernsehen und Hörfunk, auch die Angebote der Printmedien (Tageszeitungen, Zeitschriften, Anzeigenblätter etc.) sowie Telemedien i. S. d. § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV, sofern diese journalistisch-redaktionell gestaltet sind. Hierzu zählen insbesondere die Online-Auftritte und Digitalausgaben („e-paper“) der Verlage, die Mediatheken der öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunkveranstalter, die großen Online-Portale der Internet-Service-Provider (wie z. B. T-Online) und Video-Portale (z. B. Clipfish oder MyVideo). Aber auch auf soziale Netzwerke (wie z. B. Facebook, Google+), Blogs, sog. Microblogs (Twitter) oder Videoportale wie YouTube kann dies zutreffen, sofern die dort abrufbaren Angebote das Kriterium der Meinungsbildungsrelevanz im vorbeschriebenen Sinne erfüllen. Hieraus folgt zugleich, dass sich diese zunächst für nicht-professionelle Angebote („user generated content“) gedachten Plattformen zunehmend professionalisieren.¹⁶³³ Die Aufzählung verdeutlicht des Weiteren, dass medienkonzentrationsrechtliche Regelungsansätze technologieneutral ausgestaltet sein müssen; auf den Verbreitungsweg (Internet, Kabel, Mobilfunk, Satellit oder Terrestrik) kommt es nicht an.

Besonderes Augenmerk gebührt den modernen Formen der Online-Kommunikation. Da es sich beim Internet um eine technische Plattform handelt, über die Inhalte und Dienstleistungen verschiedenster Art transportiert oder vermittelt werden, kann ihre Einstufung als meinungsbildungsrelevant – wie bei den Mediatheken der Rundfunkveranstalter und den Online-Auftritten der Verlage – nicht in allen Fällen durch ihre Zuordnung zu den herkömmlichen Mediengattungen Rundfunk und Print erfolgen. Geboten ist vielmehr eine Einzelfallbetrachtung: Rein private Nutzerseiten in einem sozialen Netzwerk, private Videos auf einem Videoportal oder rein private Meinungsäußerungen in einem Microblog, in Online-Foren oder Online-Kommentaren können im Regelfall nicht als meinungsbildungsrelevant im oben beschriebenen Sinne qualifiziert werden, da es ihnen an einem professionellen und damit auf Dauer angelegten Selektionsprozess von für die Öffentlichkeit bestimmten Themen mangelt. Letzteres gilt auch für Websites von Unternehmen oder Wiki-Enzyklopädiën, denen zudem Periodizität und eine redaktionelle Gesamtverantwortung fehlt.¹⁶³⁴

Auch bei Suchmaschinen und Nachrichten-Aggregatoren dürfte es sich hiernach nicht um journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote handeln. Zwar stellen die mittels Suchbegriffen und

¹⁶³¹ Instrukktiv zum Beeinflussungspotenzial der Fernsehunterhaltung Wolf Bauer, Die unheimlichen Erzieher, FAZ vom 27.01.2011, abrufbar unter: www.faz.net/aktuell/feuilleton/fernsehen/unterhaltungsfernsehen-die-unheimlichen-erzieher-1577387.html.

¹⁶³² Vgl. BVerfGE 73, 118 (152).

¹⁶³³ Vgl. z. B. oben Kapitel III, 2.1.5.6.

¹⁶³⁴ Zum Vorstehenden vgl. Wolfgang Lent, in: Gersdorf/Paal (Hrsg.), Informations- und Medienrecht (2014), § 54 Rn. 5.1 m. w. N.

darauf bezogenen Algorithmen generierten Suchergebnislisten möglicherweise Meinungsäußerungen des Suchmaschinenbetreibers i. S. d. Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG dar.¹⁶³⁵ Allerdings fehlt es den Suchmaschinenbetreibern bei der Aggregation meinungsbildungsrelevanter Inhalte an einer eigenständigen publizistischen Intention¹⁶³⁶, was bereits in dem Umstand zum Ausdruck kommt, dass der Suchbegriff vom Nutzer vorgegeben wird. Er – und nicht der Suchmaschinenbetreiber – ist für die Vorgabe des Themas in erster Linie verantwortlich.¹⁶³⁷ Allerdings können Suchergänzungsvorschläge (sog. Auto-Complete) dazu führen, dass Suchmaschinen ihre Nutzer auf eine von ihnen zunächst nicht ins Auge gefasste Thematik hinführen und diese damit zum Gegenstand einer öffentlichen Debatte machen. Suchmaschinenbetreiber können deshalb Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung erlangen. Dieser Effekt verstärkt sich möglicherweise, wenn Anbieter offener Suchmaschinen eine dominierende Stellung bei der Bedienung von Suchanfragen innehaben. Hieraus folgt, dass Suchmaschinenbetreiber nicht aus einer medienkonzentrationsrechtlichen Betrachtung herausfallen dürfen.¹⁶³⁸ Sie können zudem Gegenstand anderer vielfaltsichernder Maßnahmen des Medienrechts (etwa in Gestalt der sog. Plattformregulierung) sein.

Prüfkriterium: Entstehen vorherrschender Meinungsmacht auf dem Meinungsmarkt

Um die Meinungsvielfalt zu sichern und den Informationszugang offen zu halten, muss es das Ziel medienkonzentrationsrechtlicher Regelungsansätze sein, die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht eines Anbieters auf dem Meinungsmarkt zu verhindern. Ist vorherrschende Meinungsmacht bereits entstanden, so ist diese durch geeignete Maßnahmen und Vorgaben, etwa durch die Verpflichtung, sich von Beteiligungen an meinungsrelevanten Angeboten zu trennen, zu entschärfen. Ein Anbieter kann vorherrschende Meinungsmacht durch „internes Wachstum“ seiner meinungsrelevanten Angebote oder durch „externes Wachstum“, d. h. in Gestalt von unternehmerischen Beteiligungsveränderungen, erlangen. In Anknüpfung an Habermas ist unter „Meinungsmacht“ die intendierte und erfolgreiche Einflussnahme von Medienanbietern auf Prozesse der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung zu verstehen.¹⁶³⁹ Von einem ähnlichen Begriffsverständnis geht das Bundesverfassungsgericht in seiner Niedersachsen-Entscheidung aus, wo das Gericht unter vorherrschender Meinungsmacht einen im hohen Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die private und öffentliche Meinungsbildung versteht.¹⁶⁴⁰ Der Gesetzgeber ist daher verfassungsrechtlich zu Vorkehrungen verpflichtet, welche geeignet sind, einer solchen Entwicklung entgegenzuwirken.¹⁶⁴¹

Bei der Erfüllung dieses Auftrags entstehen zwar Überschneidungen zum Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere zur Fusionskontrolle nach deutschem und europäischem Wettbewerbsrecht. Der Zweck dieser kartellrechtlichen Regelungen besteht allerdings in der Aufrechterhaltung ökonomischen Wettbewerbs. Davon unberührt bleibt die Verpflichtung des Rundfunkgesetzgebers, vorherrschende Meinungsmacht auch dann zu verhindern, wenn sie sich nicht aus einem der Fusionskontrolle unterliegenden Zusammenschluss oder aus Zusammenschlüssen ergibt, auf die das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen keine Anwendung findet. Das Bundes-

¹⁶³⁵ Vgl. BGH, Urteil vom 14.05.2013, Az. VI ZR 269/12, nachfolgend OLG Köln, Urteil vom 08.04.2014, Az. 15 U 199/11; Kreile/Thalhofer, Suchmaschinen und Pluralitätsanforderungen – Ist ohne gesetzliche Regelung der Suchmaschinen der Pluralismus und die Meinungsvielfalt in Gefahr?, ZUM 2014, 629–638; Stark/Dörr/Aufenanger, Die Googleisierung der Informationssuche, Suchmaschinen zwischen Nutzung und Regulierung (2014), S. 81 ff.

¹⁶³⁶ S. erneut Lent, Fn. 1632.

¹⁶³⁷ A. A. Held, in: Hahn/Vesting, RStV, § 54 Rn. 58 a. E. u. U. für den Fall einer Nachrichtensuche, wenn neben dem reinen Link Schlagzeilen und Teile des Nachrichtentextes präsentiert werden.

¹⁶³⁸ Vgl. hierzu oben Kapitel III 2.1.5.7.

¹⁶³⁹ Vgl. Jürgen Habermas, Hat die Demokratie noch eine epistemische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie, in: Jürgen Habermas: Ach, Europa. (2008), S. 174 ff.

¹⁶⁴⁰ BVerfGE 73, 118, 172.

¹⁶⁴¹ BerfVG a. a. O.

verfassungsgericht sieht in der Anwendung der wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrolle mithin einen zulässigen, aber keinen zureichenden Schutz gegen Meinungsmacht im Rundfunk. Neben der wettbewerblichen Fusionskontrolle ist deshalb eine rundfunkspezifische Konzentrationskontrolle verfassungsrechtlich zwingend geboten. Der Rundfunkgesetzgeber kann dabei auch Begriffe verwenden, die ihren Ursprung im Recht der Wettbewerbsbeschränkung finden. Die Sicherung publizistischen Wettbewerbs kann hingegen nicht ausschließlich im Wege einer auf Meinungsvielfalt ausgerichteten Anwendung des GWB erreicht werden. Eine solche Anwendung des GWB zum Zwecke der Sicherung der Rundfunkfreiheit wäre verfassungswidrig: Maßnahmen der Kartellbehörden auf der Grundlage bundesgesetzlicher Vorschriften sind aus kompetenzrechtlichen Gründen (Art. 74 Abs. 1 Nr. 16 GG) nur zulässig, solange und soweit sie ihrem Wesen nach auf die Verhütung des Missbrauchs einer wirtschaftlichen Machtstellung gerichtet sind; in dem der ausschließlichen Länderkompetenz unterliegenden Bereich der Rundfunkordnung dürfen meinungsvielfaltsichernde Effekte kartellbehördlicher Maßnahmen deshalb lediglich Nebenfolgen sein.¹⁶⁴²

Das gegenwärtige fernsehzentrierte Medienkonzentrationsrecht in § 26 RStV, welches auf das Jahr 1997 zurückgeht, berücksichtigt allerdings nicht angemessen die Veränderungen in der Mediennutzung, wie sie seit nunmehr 20 Jahren zu beobachten sind. Ausgelöst durch den Siegeszug des Internets ist ein sich beschleunigender Konvergenzprozess vormals getrennter Mediengattungen in Gang gekommen. Hinzu treten neue, speziell für die Online-Nutzung konzipierte Angebotsformen.

Auch wenn dem Fernsehen im Rahmen der meinungsbildungsrelevanten Medien nach wie vor die Funktion eines Leitmediums zukommt,¹⁶⁴³ erscheint es nicht gerechtfertigt, an dieser fernsehzentrierten Perspektive der Medienkonzentrationskontrolle auf Dauer festzuhalten, zumal – wie oben dargelegt¹⁶⁴⁴ – § 26 RStV durch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung¹⁶⁴⁵ stark restringiert wurde und deshalb eine effektive crossmediale Konzentrationskontrolle nicht mehr zu gewährleisten vermag. Die dem Fernsehen vom Bundesverfassungsgericht aufgrund seiner Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft zugeschriebene Sonderrolle im Konzert medialer Darbietungsformen¹⁶⁴⁶ ist kein Alleinstellungsmerkmal dieser Mediengattung mehr. Auch nicht-lineare Online-Medien wie Mediatheken, Video- oder Online-Portale sind in weitem Umfang durch diese Merkmale gekennzeichnet. Von daher muss die medienkonzentrationsrechtliche Kontrolle den Bewegtbildern folgen, da jedem Bewegtbildangebot unabhängig von Linearität ein hohes Maß an Suggestivkraft zukommt. Nur eine Betrachtung, welche in stärkerem Maße als bislang alle meinungsrelevanten Angebote in die konzentrationsrechtliche Bewertung einbezieht, ermöglicht deshalb eine reale Einschätzung der Meinungsvielfalt und der insoweit bestehenden Herrschaftsverhältnisse im Medienmarkt. Nur sie vermag eine wirksame crossmediale Konzentrationskontrolle zu gewährleisten.

Ob sich dieser neue medienkonzentrationsrechtliche Regelungsansatz – so wie der MedienVielfaltsMonitor der BLM – dabei komplett von der Veranstaltung bundesweiter Fernsehprogramme löst und nur noch auf einen Gesamtmeinungsmarkt bei der konzentrationsrechtlichen Bewertung abstellt, oder ob das bundesweite Fernsehen zumindest Anknüpfungspunkt für eine konzentrationsrechtliche Betrachtung bleiben sollte, ist eine zuvörderst politisch zu beantwortende Frage, die davon abhängt, wie sich das Nutzungsverhalten weiter entwickelt. Für einen fernsehbasierten

¹⁶⁴² Zum Ganzen vgl.: Konzentrationsbericht der KEK, 2000, S. 49 f. m. w. N.; Dieter Dörr, in: Schiwy/Schütz/Dörr, Medienrecht (2010), S. 313 f.

¹⁶⁴³ Vgl. Kapitel II 1.3 „Leitmedium Fernsehen“

¹⁶⁴⁴ Vgl. Kapitel V 2.

¹⁶⁴⁵ Vgl. Kapitel V 2.

¹⁶⁴⁶ BVerfGE 31, 314 (325); 90, 60 (87); 97, 228 (256); 103, 44 (74); 114, 371 (387); vgl. ferner EGMR, Urteil vom 05.11.2002 – Beschwerde-Nr. 38743/97 – Demuth gegen Schweiz, EuGRZ 2003, S. 488 (491), § 43; Urteil vom 10. Juli 2003 – Beschwerde-Nr. 44179/98 – Murphy gegen Irland, § 69; st. Rspr.

Ansatz, der eine crossmediale konzentrationsrechtliche Bewertung an die Beteiligung eines bundesweiten Fernsehveranstalters mit einem bestimmten Zuschaueranteil knüpft, spricht immerhin der oben bereits hervorgehobene (noch) fortgeltende Charakter des Fernsehens als Leitmedium. Auf diese Weise könnten der rechtliche Status quo moderat weiterentwickelt und die etablierten Regeln der Konzentrationskontrolle in anderen Medienbereichen – insbesondere bei der Presse und dem lokalen Rundfunk – zunächst beibehalten werden. Dies stellte zugleich die verfassungsrechtlich gebotene Rechts- und Planungssicherheit für die relevanten Akteure sicher und ermöglichte dennoch eine effektivere crossmediale Medienkonzentrationskontrolle als bislang.

Beschreibung vorherrschender Meinungsmacht im räumlich abgrenzungsbedürftigen Meinungsmarkt

Die Aufgabe des streng fernsehzentrierten Ansatzes hat zwangsläufig zur Folge, dass die „Währung“ für vorherrschende Meinungsmacht nicht mehr allein in Zuschaueranteilen bemessen werden kann, sondern andere Messgrößen hinzutreten müssen. Da es dem Medienkonzentrationsrecht um die Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht geht, kann diese „Währung“ auch nicht vorrangig durch die kartellrechtlich relevanten Marktanteile der Medienunternehmen auf den jeweils relevanten Medienmärkten ausgedrückt werden. Denn zum einen existieren solche Marktanteile – wie etwa im Free-TV – mangels ökonomischer Austauschbeziehung zwischen Anbietern und Rezipienten in einigen Fällen nicht oder lassen – wie etwa die Marktanteile auf dem Rundfunkwerbemarkt – keinen sicheren Rückschluss auf die Meinungsmacht eines Anbieters meinungsbildungsrelevanter Inhalte zu.

Die maßgebliche „Währung“ für die Beschreibung von Meinungsmacht muss vielmehr die Reichweite eines Mediums auf dem Gesamtmeinungsmarkt sein.¹⁶⁴⁷ Für das Fernsehen kann diese Reichweite auch künftig in Gestalt der Zuschaueranteile ermittelt werden. Für den Hörfunk sind insoweit die Höreranteile, für Telemedien die Frequenz ihres Abrufs und für Printmedien die Leserschaft pro Ausgabe maßgeblich. Die Beschreibung vorherrschender Meinungsmacht am Maßstab der Reichweite hat zudem den Vorteil, dass eine Umrechnung von Höreranteilen, Abrufen oder Lesern pro Ausgabe in Zuschaueranteile, so wie von § 26 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 RStV momentan gefordert, nicht mehr erforderlich sein wird.

Allerdings ist zu beachten, dass journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote eine unterschiedliche publizistische Relevanz aufweisen, sprich: durch einen unterschiedlichen „Meinungsvielfaltsfaktor“ gekennzeichnet sind. Die Reichweite eines Mediums auf dem Gesamtmeinungsmarkt muss deshalb um diesen Meinungsvielfaltsfaktor gewichtet werden, um den relativen Anteil bestimmen zu können, der einem Unternehmen auf diesem Markt zukommt. Die Festlegung dieses Meinungsvielfaltsfaktors hat „normativ“ an Hand der bundesverfassungsgerichtlichen Kriterien „Aktualität, Breitenwirkung und Suggestivkraft“ zu erfolgen. Dabei wäre die Relevanz meinungsbildungsrelevanter Angebote jeweils mit dem Fernsehen als wirkmächtigstem Medium in Relation zu setzen.¹⁶⁴⁸ Sie sollte allerdings auch wissenschaftlich-empirisch untermauert werden, indem etwa die Nutzer kontinuierlich nach *ihrer* Einschätzung der Meinungsbildungsrelevanz von Medien befragt werden; hierauf beruht der Ansatz des Meinungsvielfaltsmonitors der BLM.¹⁶⁴⁹ Eine solche Herangehensweise trägt dem Umstand Rechnung, dass die Grenzen zwischen den herkömmlichen Rundfunk- und Online-Medien zunehmend verschwimmen. Deshalb treffen die vom Bundesverfassungsgericht zur Rechtfertigung seiner rundfunkrechtlichen Sonderdogmatik herangezogenen Kriterien mittlerweile auch auf andere mediale Formate zu.

¹⁶⁴⁷ Unter dem Begriff des Gesamtmeinungsmarkts ist dabei die Gesamtheit aller für das Inland bestimmten journalistisch-redaktionell gestalteten Angebote zu verstehen.

¹⁶⁴⁸ Einzelheiten hierzu Kapitel II 2.1.

¹⁶⁴⁹ Einzelheiten hierzu Kapitel II 2.2.

Im Übrigen ist es Aufgabe der Politik, zu bestimmen, ab welchem Anteil ein Unternehmen über vorherrschende Meinungsmacht im oben beschriebenen Sinne verfügt. Diese Frage ist einerseits nach dem Umstand zu beurteilen, wie viele eigenständige Inhaltenanbieter auf dem Gesamtmeinungsmarkt mindestens tätig sein sollen, um über unternehmerische Vielfalt zugleich eine publizistische Pluralität zu gewährleisten. Andererseits hat der Gesetzgeber dabei medienökonomischen Aspekten Rechnung zu tragen, um die Existenz mehrerer konkurrierender und konkurrenzfähiger Unternehmen auf den Medienmärkten sicherzustellen.

Da nach dem vorstehend skizzierten Modell kein Anbieter den Meinungsmarkt alleine zu dominieren vermag, ist es demgegenüber nicht erforderlich, eine Mindestzahl von Anbietern für bestimmte mediale Inhalte festzuschreiben. Dieser Effekt stellt sich nach dem Gesamtmarktmodell vielmehr von selbst ein. Auch ist es nach diesem Modell nicht geboten, die Anzahl der Angebote eines Medienunternehmens zu limitieren. Das Modell erweist sich deshalb – wie schon § 26 Abs. 1 RStV in seiner gegenwärtigen Fassung – als ein für Unternehmen höchst flexibles Instrument.

Eine Mindestzahl an Anbietern ist im Übrigen kein sicherer Garant für ein vielfältiges mediales Angebot. Umgekehrt können, wie der öffentlich-rechtliche Rundfunk zeigt, auch wenige Anbieter ein Höchstmaß an Vielfalt gewährleisten. Insoweit entscheidend ist primär die Qualität, nicht aber die Quantität medialer Angebote, auch wenn ein Zusammenhang zwischen beiden Faktoren nicht zu leugnen ist. Vielfalt sollte indes nicht nur durch eine Pluralität von Anbietern, sondern auch über eine Qualitätssicherung der Angebote durch Professionalität erreicht werden:

Das Pluralismusgebot als Strukturmaxime des Rundfunks¹⁶⁵⁰ ist mehr als die bloße repressive Kontrolle zur Verhinderung vorherrschender Meinungsmacht. Es verlangt, dass Meinungen in möglicher Breite und Vollständigkeit durch den Rundfunk in einem umfassenden Sinne vermittelt werden.¹⁶⁵¹ Diese Aufgabe muss der Rundfunk in seiner Gesamtheit erfüllen. Hieraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, ein funktionierendes Vielfaltsicherungssystem anhand materieller, organisatorischer und prozeduraler Regeln zu gestalten, sowohl für die privaten als auch für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanbieter, und dieses fortlaufend zu hinterfragen und zu verbessern.¹⁶⁵² Dabei handelt es sich um einen fortwährenden Prozess gegen vielfaltsvermindernde Tendenzen, wie sie aus der Politik und der Wirtschaft kommen können. Diese „positive“ Vielfaltsicherung ist der eigentliche Kern des Pluralismusgebots, da es sich bei diesem gerade um keinen Mindeststandard handelt, sondern letztendlich um ein Optimierungsgebot.¹⁶⁵³ In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber stets zu berücksichtigen, dass einmal eingetretene Vielfaltsdefizite sich nur schwer korrigieren lassen.¹⁶⁵⁴ Zwar liegt im bestehenden dualen Rundfunksystem die Verantwortung zur positiven Vielfaltsicherung im Wesentlichen auf den Schultern des öffentlich-rechtlichen Rundfunks. Jedoch ist der private Rundfunk als Institut verpflichtet, bestehende Vielfaltsdefizite auszugleichen. In diesem Zusammenhang ist von zentraler Bedeutung, dass der öffentlich-rechtliche Rundfunk Teile der Gesellschaft nicht oder kaum mehr erreicht. Man spricht insoweit von der „Fragmentierung des Sehverhaltens“.¹⁶⁵⁵ Die Zuschauerzahlen belegen, dass sich die Sehgewohnheiten der 14- bis 49-Jährigen und erst recht diejenigen der 14- bis 29-Jährigen zunehmend deutlich von denen der Gesamtbevölkerung unterscheiden. Mehrere private Rundfunkprogramme erreichen mittlerweile bei der Gruppe der 14- bis 49-Jährigen und erst recht bei der Gruppe der 14- bis 29-Jährigen einen höheren Zuschaueranteil als die öffentlich-

1650 Vgl. dazu zuletzt BVerfG, ZUM 2014, 501 (506).

1651 Vgl. BVerfGE 59, 231 (257, 258), 73, 118 (152).

1652 Vgl. BVerfGE 57, 295 (320); 83, 238 (296).

1653 Siehe hierzu BVerfGE 12, 205 (262 ff.); 119, 181 (214); 121, 30 (50); BVerfG, ZUM 2014, 501 (506).

1654 So BVerfGE 57, 295 (323); 73, 118 (160); 95, 163 (173); 119, 181 (217).

1655 Hierzu bereits Dieter Dörr, Die Sicherung der Meinungsvielfalt und die Rolle des privaten Rundfunks, in: Sachs (Hrsg.), Der grundrechtsgeprägte Verfassungsstaat, Festschrift Stern (2012), S. 1349 ff.

rechtlichen Programme und dies teilweise sogar mit deutlichem Abstand. Im Rundfunk haben sich folglich bereits Teilöffentlichkeiten in Form der Gruppen der 14- bis 49-Jährigen und 14- bis 29-Jährigen gebildet. Mittlerweile wird in diesem Zusammenhang sogar von einem „Generationsabriss“ vom öffentlich-rechtlichen Rundfunk gesprochen. Das stellt grundsätzlich kein Problem dar, soweit die jeweiligen Teile der Öffentlichkeit mit vielfältigen Rundfunkinhalten versorgt werden. Geschieht dies aber nicht, kommt der Rundfunk in Deutschland insgesamt seiner verfassungsrechtlichen Aufgabe als Informationsmittler nicht mehr nach. In diesem Zusammenhang sind die Diskussionen um die Notwendigkeit der Fensterprogramme zu sehen.¹⁶⁵⁶ Bei den Regionalfenstern und den Drittfenstern handelt es sich nämlich um Regelungsinstrumente der positiven Vielfaltsicherung, die schon präventiv vor dem Entstehen vorherrschender Meinungsmacht auf die Stärkung der Meinungsvielfalt abzielen.¹⁶⁵⁷ Damit wird ihr Erhalt und Ausbau umso wichtiger, je weniger das vielfältige öffentlich-rechtliche Angebot bestimmte Gruppen der Gesellschaft noch erreicht. Insofern bietet es sich an, das besonders vielfaltsteigernde Angebot von Regionalfenstern zu stärken.

Vermutungstatbestände für das Bestehen oder Entstehen vorherrschender Meinungsmacht

Zwar lässt sich der Begriff „vorherrschende Meinungsmacht“ in Anlehnung an das Bundesverfassungsgericht als einen im hohen Maße ungleichgewichtigen Einfluss auf die private und öffentliche Meinungsbildung umschreiben. Diese Umschreibung bleibt allerdings abstrakt und kaum subsumierbar. Sie ist deshalb auf weitere gesetzliche Präzisierung angewiesen.

Dabei hat es sich bewährt, den Begriff der vorherrschenden Meinungsmacht durch Vermutungstatbestände zu konkretisieren. In Anknüpfung an die gegenwärtige Fassung des § 26 Abs. 2 RStV könnte so etwa die Vermutung aufgestellt werden, dass ein bundesweiter Fernsehveranstalter ab einem bestimmten Anteil am Gesamtmeinungsmarkt über vorherrschende Meinungsmacht verfügt. Des Weiteren könnte für crossmediale Zusammenschlüsse geregelt werden, dass ein Unternehmen vorherrschende Meinungsmacht erlangt, wenn die Gesamtschau seiner Aktivitäten auf dem Fernseh- und auf sonstigen (horizontalen) Medienmärkten einen bestimmten Anteil am Gesamtmeinungsmarkt ergibt. Die Betätigung auf vor- oder nachgelagerten (vertikalen) Märkten könnte dabei zur Bekräftigung der Vermutung herangezogen werden.

Bei solchen Vermutungstatbeständen handelt es sich zuvörderst um Beweislastregelungen für den Fall, dass sich ein Sachverhalt – hier: die Entstehung vorherrschender Meinungsmacht – nicht vollständig aufklären lässt.¹⁶⁵⁸ Sie sind in beide Richtungen, d. h. zugunsten, aber auch zulasten des betroffenen Unternehmens, widerleglich und erweisen sich damit als ein flexibles und bewährtes Instrument zur Beurteilung vorherrschender Meinungsmacht.

Dennoch gewähren sie zugleich Rechts- und Planungssicherheit für die Unternehmen: Das Bundesverwaltungsgericht hat in zwei Leitentscheidungen zu § 26 Abs. 2 RStV herausgearbeitet, dass es sich bei den Vermutungstatbeständen nicht nur um Beweislastregelungen, sondern auch um „Regelbeispiele mit Leitbildfunktion“ handelt. Von ihnen darf die KEK nur aufgrund besonderer Umstände, die in den Vermutungstatbeständen nicht hinreichend Niederschlag gefunden haben, abweichen.¹⁶⁵⁹ Zudem hat das Bundesverwaltungsgericht klargestellt, dass es mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 RStV nicht vereinbar wäre, diese Vermutungstatbestände als abschließende Regelungen zu begreifen, da dies der verfassungsrechtlich bedeutsamen Aufgabe der Vielfaltsicherung zu

¹⁶⁵⁶ Vgl. zur aktuellen Diskussion Fabian Müller, Programmfenster vor Gericht, *Horizont* 2014/32, S. 12.

¹⁶⁵⁷ Siehe hierzu Christian Ebsen, Fensterprogramme im Privatrundfunk als Mittel zur Sicherung von Meinungsvielfalt (2003), S. 68 ff.

¹⁶⁵⁸ Vgl. statt vieler nur: Prütting, Die Vermutung vorherrschender Meinungsmacht, in: Stern/Prütting (Hrsg.), *Marktmacht und Konzentrationskontrolle auf dem Fernsehmarkt* (2000), 115 ff., 121 ff.

¹⁶⁵⁹ Vgl. oben Kap. V, 2. 1.

enge Grenzen zöge.¹⁶⁶⁰ Es muss daher Raum für die Berücksichtigung neuer, vom Gesetzgeber nicht antizipierter bzw. antizipierbarer Sachverhaltskonstellationen bleiben. Diese Rechtsprechung ließe sich auch im Rahmen eines neuen, am Gesamtmeinungsmarkt ausgerichteten Regelungsansatzes, der auf Vermutungstatbeständen basiert, fruchtbar machen.

Messgrößen für Meinungsvielfalt (Anteile am Meinungsmarkt)

Inhaltsbezogen

Eine inhaltsbezogene Messgröße – dies wurde oben bereits herausgestellt – ist abzulehnen und auch nicht praktikabel. Die Meinungsbildungsrelevanz von Angeboten lässt sich im Grundsatz lediglich danach bemessen, ob sie journalistisch-redaktionell gestaltet sind oder nicht. Auf den Inhalt eines Angebots, d. h. auf die Frage, ob ihm ein informatorischer oder rein unterhaltender Charakter zukommt, kann es bei der Bemessung der Anteile eines Unternehmens am Meinungsmarkt deshalb nicht ankommen. Inhaltsbezogene Aspekte können – wenn überhaupt – bei der Be- oder Entkräftigung eines Vermutungstatbestands von Bedeutung sein.

Anteilsbezogen

Meinungsmacht ist deshalb anhand der Anteile eines Unternehmens am Gesamtmeinungsmarkt zu bestimmen. Die hierfür maßgebliche Messgröße – dies wurde bereits hervorgehoben¹⁶⁶¹ – ist die Reichweite. Für die Mehrzahl meinungsbildungsrelevanter Angebote ist diese Messgröße etabliert und mehr oder weniger leicht ermittelbar. Dafür werden unterschiedliche Datenquellen herangezogen, die jedoch für einzelne Mediengattungen, insbesondere bei den Online-Angeboten, Defizite bei der Erhebung der relevanten Daten aufweisen.¹⁶⁶²

Gewichtung für Meinungsvielfalterhebung

Gewichtungspraxis der KEK

Im Verfahren ProSiebenSat.1/Springer (Beschluss vom 10.01.2006, Az.: KEK 293) hat sich die KEK mit einer Gewichtung der Medien befasst. Nach den drei Kriterien Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft hat sie die Meinungsbildungsrelevanz der anderen Medien im Verhältnis zum Fernsehen gewichtet.

Beim Hörfunk hielt sie einen Gewichtungsfaktor von 1/2, bei den Tageszeitungen von 2/3, bei den Zeitschriften von 1/4 und bei den Online-Angeboten (unter Vorbehalt der mangelhaften Datenlage) von 1/2 für angemessen. Veränderungen, die eine eventuelle Anpassung der Gewichtungsfaktoren erforderlich machen, sind seitdem lediglich im Onlinebereich aufgetreten. Die im Verfahren ProSiebenSat.1/Springer entwickelten Gewichtungsfaktoren wurden insbesondere für den Onlinebereich weiterentwickelt.

Infratest-Studie, MedienVielfaltsMonitor

Der MedienVielfaltsMonitor gibt zwar einen Überblick über das Meinungsbildungsgewicht der einzelnen Medienkonzerne; für die Arbeit der KEK ist er jedoch aus verschiedenen Gründen nicht geeignet: Im Gegensatz zum Ansatz der KEK vernachlässigt das BLM-Modell bei der Bestimmung des Meinungsbildungsgewichts der einzelnen Mediengattungen die Suggestivkraft eines Mediums. Für die Intensität der Rezeption ist aber die Frage wichtig, wie die Inhalte das Bewusstsein errei-

¹⁶⁶⁰ a. a. O.

¹⁶⁶¹ Vgl. Kapitel II, 2.

¹⁶⁶² Vgl. Kapitel III, 2.1.5.4.

chen. Auch die Ermittlung der Wirksamkeit der Medien ist kritisch zu betrachten, die lediglich aus den (subjektiven) Angaben der Nutzer und den Reichweiten hergeleitet wird. Unberücksichtigt bleibt z. B., wie intensiv die einzelnen Medien qualitativ genutzt werden (intensive Lektüre vs. Nebenbeimedium). Demnach kann auch nicht automatisch aus der Nutzung auf eine für alle Medien identische Wirkung geschlossen werden. Insgesamt ist das Modell zur Gewichtung einzelner Mediengattungen auch deshalb in seiner Aussagekraft limitiert, weil es sich auf Informationsangebote begrenzt, obwohl auch unterhaltende Angebote Einfluss auf die Meinungsbildung haben. Hierbei ist nicht zu übersehen, dass der Anteil fiktionaler bzw. non-fiktionaler Unterhaltungsprogramme bei den großen Sendern beachtlichen Raum einnimmt. Letzten Endes begünstigt das Modell deshalb die privaten Fernsehveranstalter mit ihren vornehmlich unterhaltenden Angeboten.¹⁶⁶³

Grenzgrößen

Aufgreifgrößen

Um die medienkonzentrationsrechtliche Prüfung zu entlasten, sollte über Aufgreifgrößen für die Befassung der KEK mit einer medienkonzentrationsrechtlichen Kontrolle nachgedacht werden.

Dessen ungeachtet sollten alle Beteiligungsveränderungen anzeigepflichtig bleiben.

Verbotsgrenze

Wo die Verbotsgrenze anzusetzen ist, auch hierauf wurde bereits hingewiesen, ist eine politische Frage. Sie entscheidet über die Zahl der Anbieter und damit letztlich auch über das Maß an Vielfalt. Zudem sind hier ökonomische Aspekte – etwa die Vitalität und Konkurrenzfähigkeit der Medienökonomie – zu berücksichtigen.

Abwägungsbereich für die Kommission

Die KEK als Kommission handelt durch unabhängige Sachverständige und durch Direktoren der Landesmedienanstalten. Beide Gruppen sind mit einer besonderen Sachkunde ausgestattet. Deshalb hat das Bundesverwaltungsgericht der KEK zu Recht einen Beurteilungsspielraum eingeräumt.¹⁶⁶⁴ Dieser Beurteilungsspielraum erstreckt sich insbesondere auf die Frage der Einbeziehung einzelner Angebote in die konzentrationsrechtliche Bewertung, auf die Gewichtung der Relevanz dieser Angebote für die private und öffentliche Meinungsbildung sowie auf die Festlegung der Parameter für die Bestimmung der Reichweite solcher Angebote. Soweit in die Bestimmung des Meinungsbildungsfaktors künftig auch wissenschaftlich-empirische Erhebungen einbezogen werden sollten, würde sich dieser Beurteilungsspielraum zudem auf die Festlegung oder Bewertung des Umfragedesigns erstrecken.

Ermächtigung zu Verfahrensvorschriften – Leitlinien

Um das Handeln der KEK transparenter, rechtssicherer und leichter vorhersehbar zu gestalten, sollte die Kommission vom Gesetzgeber ausdrücklich zum Erlass und zur Veröffentlichung von Leitlinien ermächtigt werden. In diesen Leitlinien, die rechtlich als (unverbindliche) Verfahrensvorschriften zu qualifizieren wären, könnte sie etwa Einzelheiten zur Bestimmung des Meinungsvielfaltsfaktors, zur Einbeziehung von Angeboten oder zur Ermittlung der Reichweite konkretisieren.

Zwar wäre die KEK auch ohne eine derartige gesetzliche Ermächtigung zum Erlass solcher Leitlinien berechtigt. Ein ausdrücklicher gesetzlicher Auftrag würde allerdings zur Transparenz und

¹⁶⁶³ Vgl. zum Ganzen und m. w. N. Kapitel II, .2.2.

¹⁶⁶⁴ Vgl. Kapitel V, 2.1 und hierzu auch Hain, Vielfaltsicherung am Ende?, in: K&R 7/8/2014, S. 492 ff.

Rechtssicherheit für die im Medienbereich tätigen Unternehmen beitragen. Auch hätte sie eine klarstellende zuständigkeitsbegründende Wirkung im rechtlich komplexen Verhältnis der KEK zu den Landesmedienanstalten.

Prüfung durch echte KEK = „im Medienbereich“

Die Fortentwicklung des gegenwärtigen fernsehzentrierten zu einem zwar fernsehbasieren, aber den Gesamtmarkt der Medien fokussierenden Konzentrationsrecht, welches insbesondere eine effektive Kontrolle crossmedialer Verbindungen ermöglichte, wäre ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer medienübergreifenden Vielfaltsicherung.¹⁶⁶⁵ Sie übertrüge der KEK eine Aufgabe, die bereits in ihrem Titel angelegt, aber durch die bisherige Gesetzeslage nur unzureichend abgebildet ist: eine Ermittlung und Verhinderung „der Konzentration im Medienbereich“.

¹⁶⁶⁵ So der treffende Titel des Konzentrationsberichts der KEK aus dem Jahre 2010.